

sygn. akt KIO/W 20/17

POSTANOWIENIE
z dnia 12 września 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Członkowie: Jan Kuzawiński

Jolanta Markowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 12 września 2017 r. w Warszawie wniosku z dnia 7 września 2017 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa,**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na *„Prace na linii kolejowej nr 7 Warszawa Wschodnia Osobowa -Dorohusk na odcinku Warszawa - Otwock -Dęblin - Lublin, odcinek Otwock - Lublin w km 26,050-175,850”*,

postanawia:

Uchyla zakaz zawarcia umowy.

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa, w dniu 7 września 2017 r. (pismem z tego samego dnia), złożył kierowany do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania, wniesionego w dniu 5 września 2017 r., w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego na „Prace na linii kolejowej nr 7 Warszawa Wschodnia Osobowa -Dorohusk na odcinku Warszawa - Otwock -Dęblin - Lublin, odcinek Otwock - Lublin w km 26,050-175,850”.

Zamawiający w uzasadnieniu wniosku wskazał, że w dniu 2 sierpnia 2017 r. otrzymał postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej w przedmiocie odmowy uchylenia zakazu zawarcia umowy w sprawie ww. zamówienia publicznego (KIO/W 15/17). Izba nie podzieliła wniosku zamawiającego skierowanego w dniu 19 lipca 2017 r., w którym zamawiający przedstawił argumentację przemawiającą za zasadnością uchylenia ww. zakazu.

W dniu 24 sierpnia 2017 r. zamawiający skierował ponowny wniosek, w którym przedstawił rozszerzoną, popartą dowodami, argumentację przemawiającą za zasadnością uchylenia ww. zakazu. W dniu 31 sierpnia 2017 r. zamawiający otrzymał postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej w przedmiocie umorzenia postępowania w sprawie uchylenia zakazu zawarcia umowy w sprawie ww. zamówienia publicznego (KIO/W 18/17). Izba umorzyła postępowanie w sprawie uchylenia zakazu zawarcia umowy z uwagi na braki formalne odwołania i w konsekwencji - podlegające zwrotowi.

Mając na uwadze uzasadnienia zawarte w ww. postanowieniach, a także z uwagi na okoliczność, iż Bombardier w dniu 5 września 2017 r. złożył kolejne - identyczne w swoich zarzutach oraz uzasadnieniu - odwołanie zamawiający zwrócił się ponownie z wnioskiem o uchylenie zakazu zawarcia umowy w przedmiotowym postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Przepis art. 183 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający może złożyć do Izby wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w ust. 1. Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Dla zastosowania powyższego przepisu koniecznym jest zatem, co najmniej uprawdopodobnienie istnienia powołanych przez zamawiającego we wniosku okoliczności.

W ocenie Izby działania podejmowane przez Bombardier nie mają na celu zakwestionowania czynności zamawiającego podjętych niezgodnie z Pzp, ale uniemożliwienie zawarcia umowy z wykonawcą Thales Polska Sp. z o.o., którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, a której wybór został zaaprobowany przez Izbę wyrokiem w sprawie o sygn. akt: KIO 542/17 z dnia 12 maja 2017 r. Odwołania Bombardier wniesione w dniach 6 lipca 2017 r., 18 lipca 2017 r., 2 sierpnia 2017 r., 23 sierpnia 2017 r. oraz 5 września 2017 r. posiadają taką samą treść, zaskarżają tę samą czynność zamawiającego oraz zawierają ten sam brak formalny w postaci nieuiszczenia wpisu od odwołania skutkujący zwrotem odwołania.

Zdaniem Izby, ustawa - Prawo zamówień publicznych nakłada na Izbę obowiązek każdorazowego badania z urzędu przesłanek odrzucenia odwołania oraz interesu danego wykonawcy do jego wniesienia, niemniej jednak w niniejszym przypadku mamy do czynienia z procederem, który pozwala już na wstępnym etapie weryfikacji odwołania stwierdzić, iż nie podlega ono dalszemu procedowaniu (odwołanie zawiera brak formalny - brak uiszczenia wpisu, zostało złożone po terminie, jak również wątpliwy jest interes do jego wniesienia). W świetle wszystkich okoliczności sprawy można próbować formułować stanowisko, iż jest to kolejne odwołanie Bombardier złożone dla pozoru.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, zauważenia wymaga okoliczność, iż zamawiający wykazał, iż uchylenie zakazu zawarcia umowy leży w interesie publicznym. Przemawiają za tym następujące okoliczności.

Projekt realizowany jest z wykorzystaniem środków pomocowych UE. Finansowanie części krajowej oraz koszty prefinansowania do czasu zwrotu wydatków kwalifikowanych przejął zamawiający zaciągając kredyt, poświadczony gwarancją rządu RP, w banku EBI. Całkowity koszt Projektu to ponad 3,5 mld PLN. Tym samym każde opóźnienie w realizacji projektu przełoży się na straty nie tylko PKP PLK S.A. ale także polskiego podatnika.

Projekt realizowany jest podstawowo w ramach trzech kontraktów zasadniczych: Zamówienia Częściowe A, B i C dotyczących odcinków Otwock - Piława, Piława - Dęblin oraz Dęblin - Lublin. Do tego dochodzi zamówienie Częściowe D obejmujące odcinek Otwock - Lublin dotyczący robót z zakresu sterowania ruchem kolejowym i telekomunikacji, w tym urządzenia ETCS L2.

Kontrakty te są wzajemnie powiązane tzn. bez zrealizowania robót w ramach zamówień Częściowych A, B i C nie można realizować zakresu robót zamówienia Częściowego D i odwrotnie.

Aby rozpocząć roboty związane z demontażem torów konieczne jest wcześniejsze zdemontowanie urządzeń srk znajdujących się przy demontowanych torach. Po zabudowaniu nowych torów i pozostałej infrastruktury w ramach zamówień Częściowych A, B i C trzeba zabudować urządzenia zewnętrzne srk (prace budowlane w terenie) oraz

zainstalować urządzenia wewnętrzne w nastawniach. Dopiero wtedy można prowadzić normalny ruch kolejowy. Brak wykonawcy zamówienia Częściowego D już w tej chwili powoduje opóźnienia w realizacji pozostałych kontraktów zasadniczych, które z każdym dniem będą się potęgowo zwiększać. W przebudowywanym podtorzu oraz realizacji prac ziemnych i odwodnieniowych w ramach zamówień Częściowych A, B i C wykonawca zamówienia Częściowego D musi zabudować swoje kanalizacje kablowe wzdłuż torów, przejścia poprzeczne pod torami, zabudowywać semafony i napędy do rozjazdów kolejowych. Brak realizacji tych robót uniemożliwia pełną realizację i zakończenie robót pozostałych kontraktów zasadniczych. Zamawiający w miarę możliwości zleca wykonawcom pozostałych kontraktów możliwe do wykonania proste roboty z zakresu urządzeń srk takie jak demontaże urządzeń przytorowych srk. W ten sposób umożliwiono wykonanie demontażu całej infrastruktury kolejowej. Podobnie usuwanie drobnych kolizji uniemożliwiających inne roboty budowlane.

Są to jednak działania doraźne i tylko na etapie robót rozbiórkowych. Roboty budowlane w zakresie nowej infrastruktury kolejowej wymagają prowadzenia prac równolegle wszystkich branż. Trzeba zaznaczyć, że wykonawca zamówienia Częściowego D na początku musi opracować projekty wykonawcze, które muszą być przyjęte przez zamawiającego. Dopiero wtedy przystąpi do realizacji swoich prac. Wykonawcy pozostałych kontraktów zaczynają składać powiadomienia o ewentualnych roszczeniach widząc opóźnienie w podpisaniu zamówienia Częściowego D. Dalsze opóźnienia spowodują przesunięcie terminów realizacji etapu 1 Projektu. To spowoduje w dalszej kolejności poważne ryzyko, że etap 2 czyli odcinek Warszawa - Otwock zakończy się poza terminem kwalifikowalności wydatków. Roszczenia wykonawców będą dotyczyć również zwrotu kosztów stałych wynikających z wydłużenia terminu realizacji ich kontraktów. Spowoduje to koszty, które nie będą uznane za kwalifikowalne, a tym samym obciążą budżet Państwa tzn. podatników.

Należy również wspomnieć o kosztach społecznych i gospodarczych wydłużonego czasu realizacji. Modernizacja linii nr 7 na odcinku Otwock-Lublin, dla możliwie maksymalnego przyspieszenia prac oraz zminimalizowania utrudnień z nimi związanych, prowadzona jest przy następujących założeniach:

- na 18 miesięcy wprowadzono całkowite zamknięcie toru dla ruchu pociągów na odcinkach Garwolin - Dęblin i Puławy Azoty - Lublin.
- prace na odc. Piława - Garwolin i Dęblin - Puławy Azoty prowadzone będą przy prowadzonym ruchu pociągów po jednym torze przemienne,
- do czasu zakończenia robót dla ruchu pasażerskiego uruchomiona jest zastępcza komunikacja autobusowa, a ruch towarowy prowadzony jest trasami zastępczymi.
- taki sposób prowadzenia ruchu wiąże się z ogromnymi utrudnieniami zarówno dla podróżnych jak i dla firm korzystających z usług przewoźników towarowych.

- utrudnienia dla pasażerów - wydłużenie czasów przejazdów zależy od miejsca rozpoczęcia/kończenia podróży i waha się od 60 do 120 minut,
- utrudnienia w przewozach towarowych to przede wszystkim wydłużenie czasu dostaw związane z wydłużeniem tras, mniejsze ilościowo dostawy z powodu ograniczonych możliwości przewozowych tras zastępczych oraz zwiększone koszty przewozów towarów z uwagi na dłuższe korzystanie z dłuższych tras objazdowych co przekłada się bezpośrednio na większe koszty firm korzystających z transportu kolejowego.
- utrudnieniami objęci są dostawcy i odbiorcy takich dużych firm jak Zakłady Azotowe w Puławach, elektrownie i elektrociepłownie pracujące w oparciu o dostawy węgla kamiennego z kopalni „Bogdanka”, jednostki wojskowe lotnicze w Dęblinie oraz dziesiątki mniejszych firm prowadzących swoją działalność w oparciu o transport kolejowy,
- po zakończeniu ww. robót i wznowieniu ruchu na odcinku Pilawa - Lublin nastąpi na okres 12 miesięcy całkowite zamknięcie toru dla ruchu pociągów na odc., Otwock - Pilawa, w tym przypadku utrudnienia dotkną pasażerów dojeżdżających codziennie do pracy w aglomeracji warszawskiej.

Zdaniem Izby, brak wykonawcy zamówienia Częściowego D oznacza brak możliwości planowej realizacji największego projektu kolejowego w ramach perspektywy unijnej 2014 - 2020. Spowoduje to dodatkowe koszty realizacji projektu, a także poważne utrudnienia dla pasażerów i ruchu towarowego, co bezpośrednio przełoży się na rozwój gospodarczy kraju. Bezwzględnie konieczne jest umożliwienie jak najszybszego zakończenia postępowania przetargowego dla zamówienia Częściowego D i podpisanie umowy z wykonawcą.

Odnosząc się na koniec do najistotniejszej z punktu widzenia omawianej kwestii okoliczności, a mianowicie „*interesu publicznego*”, który miałby przemawiać za uchyleniem zakazu zawarcia umowy, Izba w całości argumentację przedstawianą we wnioskach zamawiającego z dnia 19 lipca 2017 r. i z dnia 24 sierpnia 2017 r.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej pojęcie „*interesu publicznego*” nie ma charakteru jednolitego i stałego. Jego treść powinna być ustalana i konkretyzowana w każdym przypadku na nowo, w zależności od potrzeb, wymagań i charakteru sprawy. Interes publiczny zawsze dotyczy pewnego ogółu, nieokreślonej liczby osób, nie odnosi się natomiast do interesu jednostkowego, czy też określonej grupy. Niemniej jednak naruszenie interesu publicznego może odnosić się do działań wymierzonych w indywidualny podmiot wówczas, gdy podmiot ten ma charakter podmiotu prawnego zbiorowego.

Izba podkreśla, iż działalność zamawiającego ściśle wiąże się z szeroko rozumianym interesem publicznym. Zamawiający pełni bowiem funkcję publiczną, gdyż jako zarządca infrastruktury kolejowej w Polsce jest zobowiązany do jej utrzymania i modernizacji w sposób umożliwiający korzystanie z niej przewoźnikom państwowym, którzy to świadczą na rzecz użytkowników końcowych, tj. pasażerów, usługi transportu kolejowego. W związku z tym,

wszystkie podejmowane przez zamawiającego działania mają na celu stworzenie warunków do przewozu pasażerów zapewniających komfortową, ale przede wszystkim bezpieczną podróż. Stale prowadzona przez zamawiającego modernizacja oraz rozbudowa sieci kolejowych w Polsce pozwoli na skrócenie czasu przejazdu pomiędzy poszczególnymi stacjami a także na zmniejszenie kosztów przejazdu, a tym samym cen biletów. Opóźnienia w realizacji inwestycji oraz całkowita lub częściowa utrata dofinansowania niewątpliwie wpłyną na zakładane rezultaty wykonania przedsięwzięcia na odcinku Warszawa Wschodnia Osobowa - Dorohusk.

W ocenie Izby, ww. okoliczność przesądza o tym, iż w niniejszym stanie faktycznym uchylenie zakazu zawarcia umowy stanowi „*interes publiczny*”.

Z uwagi na powyższe Izba postanowiła jak w sentencji na podstawie art. 183 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Stosownie do art. 183 ust. 4 ustawy Pzp, na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....